

**A. I. Nº** - 07430787/94  
**AUTUADO** - MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)  
**AUTUANTE** - LIANE SAMAPIO  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO (DEREF SIMÕES FILHO)  
**INTERNET** - 13. 02. 2004

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0025-04/04

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO CIVIL. MASSA DE CONCRETO PRODUZIDA PELO PRESTADOR DO SERVIÇO FORA DO LOCAL DA OBRA. MANDADO DE SEGURANÇA. DISCUSSÃO JUDICIAL DA LIDE. Escolhida a via judicial pelo sujeito passivo, extingue-se o processo administrativo. Decisão transitada em julgado no âmbito do Poder Judiciário. Defesa do Auto de Infração **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/12/94, exige ICMS no valor de R\$2.582,49, por operação tributada como não tributada, referente a 45 toneladas de concreto asfáltico acobertadas pelas notas fiscais n<sup>os</sup> 6016, 6018, 6017 e 6019, produzidas fora do canteiro de obras e que foram objeto dos Termos de Apreensão n<sup>os</sup> 118621, 120321, 120322 e 20323.

O autuado impugnou o lançamento fiscal, fls. 18 a 23 dos autos, com os seguintes argumentos:

1. Que atua no ramo da construção civil, com mais de 30 anos de atividade não só no Estado da Bahia, como em outras unidades da Federação;
2. Que o fisco exige imposto sob o argumento de que a empresa não recolheu ICMS, sobre o material transportado nos Caminhões - Concreto Betuminoso - a fiscalização estadual tem autuado a empresa e ameaçado prender os caminhões, já que estes não pertencem à mesma e seus motoristas não fazem parte do quadro de funcionários da Requerente, portanto, não podem firmar o compromisso de "depositário fiel" da mercadoria autuada;
3. Que a fiscalização insiste em colocar o "Concreto Betuminoso" no campo de incidência do ICMS, ao arrepio do Decreto-Lei 406/68 e do RICMS/89.
4. Que não se pode olvidar que existe, no mundo, dois tipos de Concreto: o PORTLAND e o Betuminoso (também conhecido por asfalto), diferenciado-se apenas em um componente da mistura - a água - que é substituído no segundo, pelo ligante CAP (ligante - pinche), no mais têm os mesmos componentes: areia, brita, fiillen e cimento. O primeiro é transportado em Betoneiras, porque o ligante solidifica a mistura imediatamente se esta não estiver em movimento. À segunda, é desnecessária a betoneira, porque tem prazo de aproximadamente seis horas para a mistura se solidificar, podendo ser transportado em caminhão comum;
5. Que enquanto empresa do ramo da construção civil, tem como atividades a construção, terraplenagem e pavimentação de ruas, estradas e serviços auxiliares. Assim, a luz do Dec. Lei 406/68 e do RICMS não está sujeita ao ICMS, e, ainda, que não fosse, a usinagem e preparação, de "per si", já caracteriza a natureza de construção civil.

Ao finalizar, requer que a autuação seja declarada nula de pleno direito, bem como ordenado aos

fiscais dessa Secretaria que, em futuro, se abstenham da ilegal e abusiva autuação dos caminhões transportadores de concreto betuminoso de propriedade da requerente, por, como demonstrado, não incidir sobre o mesmo o ICMS.

A autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 30/31 dos autos, descreveu, inicialmente, os motivos da autuação, bem como fez um resumo das alegações defensivas.

Com referência a defesa formulada, assim se manifestou para refutá-la:

1. Que a operação objeto da presente autuação é fato gerador do ICMS, a qual está prevista no § 1º, II, “a”, do art. 1º, do RICMS/89, oportunidade em que transcreveu os seus teores em apoio ao seu argumento;
2. Que a lista de serviços a que se refere o ICMS, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 56/87, diz no item 32, que a execução por administração ou sub-empregada, de construção civil, de obras hidráulicas, inclusive serviços auxiliares ou complementares(exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviço, fora do local da prestação do serviço, que fica sujeita ao ICMS), além do que o autuado, de acordo com o art. 15, em seu § 1º enquadra-se perfeitamente como contribuinte do imposto;
3. Quanto à alegação do autuado de não ser mercadoria, informa que na verdade concreto se trata de mercadoria industrializada produzida fora do local da prestação do serviço;
4. Com relação à decisão do Superior Tribunal de Justiça, esclarece que a mesma refere-se a operações interestaduais, enquanto a presente autuação ocorreu no trânsito de mercadorias, ou seja, na circulação da mesma em operação interna;
5. Acerca da base de cálculo consignada no Auto de Infração, informa que a mesma foi apurada de acordo com o disposto no art. 70, XIII, combinado com o art. 91, VIII, “b”, do RICMS, ou seja, com base em pesquisa de mercado junto a empresas do mesmo ramo de atividade do autuado.

Ao concluir, a autuante disse esperar que o presente Auto de Infração seja julgado procedente.

A Procuradoria da Fazenda, à fl. 33, emitiu parecer jurídico entendendo nula a ação fiscal sem prejuízo da renovação do seu procedimento. Ressaltou que do exame do processo, ficou constatado que houve arbitramento para o cálculo do imposto devido, vez que o autuante não acatou o valor do produto lançado na nota fiscal. Como o documento apresentado referia-se ao valor do produto dado em nota fiscal emitida por outra empresa em data muito anterior a presente ação fiscal, este valor, apesar de atualizado pelos índices de inflação, não podia corresponder ao valor da operação. Assim, não podendo se ter segurança em relação ao valor médio do produto na data da lavratura do Auto de Infração, em face da norma do art 148, do CTN, o processo não estava regular.

O CONSEF em despacho à fl. 35, enviou os autos à Procuradoria da Fazenda, tendo em vista processo em Mandado de Segurança nº 394.784-0/94, o que impedia o julgamento por este órgão (fls. 36/44).

A Procuradoria do Estado, mediante parecer à fl. 50, encaminhou ao CONSEF o presente processo, considerado a existência de pendência de julgamento e, informando que em sede de Mandado de Segurança, processo nº 394784-0/94, o autuado havia logrado êxito, tendo sido prolatada sentença, através da qual fora reconhecido judicialmente não ser o mesmo contribuinte do ICMS quando da prestação de serviços técnicos de elaboração e posterior entrega de concreto betuminoso ou portland. De igual maneira, informou que o impugnante havia obtido êxito no Mandado de Segurança nº 4041221/94, com decisão transitada em julgado, mediante confirmação pelo Tribunal de Justiça em sede de Apelação Cível.

## VOTO

A Procuradoria do Estado anexou aos autos cópia reprográfica da Decisão judicial, transitada em julgado, a respeito do Mandado de Segurança nº 394784-0/94, impetrado pelo sujeito passivo. Informou, ainda, que em todos os níveis de apelação o impugnante havia logrado êxito, tendo sido prolatada sentença, através da qual fora reconhecido judicialmente não ser o mesmo contribuinte do ICMS quando da prestação de serviços técnicos de elaboração e posterior entrega de concreto betuminoso ou portland. De igual maneira, informou que o sujeito passivo havia obtido êxito no Mandado de Segurança nº 4041221/94, com decisão transitada em julgado, mediante confirmação pelo Tribunal de Justiça em sede de Apelação Cível.

Que o Ato Declaratório nº 03/2003, anexado à fl. 51, estabelece que "fica determinada a não inscrição em dívida ativa, e não ajuizamento da respectiva execução fiscal, dos créditos tributários que tenham como fundamento a exigência do ICMS - impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviço de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação, no fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões".

Desta forma, nos termos do art. 122, II, do RPAF/99, o processo administrativo extingue-se com a decisão judicial transitada em julgado contrária à exigência fiscal, razão pela qual a impugnação do lançamento fica **PREJUDICADA**, cancelando-se, contudo, o lançamento, objeto do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar **PREJUDICADA** a defesa, por força de decisão judicial transitada em julgado, cancelando-se, contudo, o lançamento, objeto do Auto de Infração nº **07430787/94**, lavrado contra **MKS CONSTRUÇÕES S/A (GÓES COHABITA CONSTRUÇÕES S/A)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2004

ANTONIO AGUIAR DE ARAUJO - PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVERA – JULGADOR